

ABHANDLUNGEN

Berufsfreiheit bei der Berufsausübung?*

Von Professor Dr. Gerrit Manssen, Universität Regensburg

Das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG schützt sowohl die Berufsausübungs- als auch die Berufswahlfreiheit. Der freiheitliche Gehalt des Grundrechts ist im Bereich der Berufsausübungsfreiheit in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht voll ausgeschöpft worden. In letzter Zeit zeigen sich allerdings deutliche Tendenzen, den Grundsatz „in dubio pro libertate“ auch bei der Berufsausübungsfreiheit zur Geltung zu bringen. Bemerkenswert sind insofern vor allem neuere Entwicklungen im Werberecht der freien Berufe.

I. Einleitung

Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gehört zu den besonders populären Grundrechten. Mit ihm werden nicht nur Studenten ab den Übungen im öffentlichen Recht für Anfänger immer wieder konfrontiert. Die Zahl gerichtlicher Entscheidungen zu oder vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit ist genauso unübersichtlich wie die literarischen Stellungnahmen zu dieser Vorschrift¹. Derzeit spricht jedoch nichts dafür, dass sich die Diskussion um dieses Grundrecht erschöpft. Ein Staat, der sich der sozialen Marktwirtschaft verpflichtet fühlt, muss gerade im Bereich der Berufsfreiheit gesetzgeberisch tätig sein. Zudem sind viele überkommene Elemente der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG mehr und mehr in der Kritik. Es ist bereits heute zu beobachten, dass das Gericht in nicht unerheblicher Weise Korrekturen an bisher herrschenden und auch für verfassungsmäßig gehaltenen Auffassungen vornimmt. Der folgende Beitrag soll einige dieser Tendenzen nachweisen.

II. Eine Theorie, die jeder kennt

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG wird vor allem mit der so genannten Drei-Stufen-Theorie in Verbindung gebracht². Der Schutzbereich des Grundrechts sei zwar einheitlich zu verstehen und umfasse sowohl die Ausübung als auch die Wahl eines Berufes. Im Rahmen der Schrankenprüfung sei dann jedoch zwischen Berufsausübungsregelungen (z.B. Werbebeschränkungen, Anzeigepflichten) als Eingriff auf der ersten Stufe, subjektiven Berufswahlregelungen (z.B. das Erfordernis eines Zweiten Juristischen Staatsexamens vor der Zulassung zum Rechtsanwalt) als Eingriff auf der zweiten Stufe und objektiven Berufswahlregelungen (z.B. Bedarfsprüfungen vor der Zulassung zu einem Beruf) als Eingriff auf der dritten Stufe zu unterscheiden. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, den Eingriff auf der niedrigsten Stufe vorzunehmen, soweit sich damit die angestrebten öffentlichen Interessen erreichen ließen³. Je nachdem, auf welcher Stufe der Gesetzgeber eingreife,

träfen ihn zudem unterschiedliche Rechtfertigungspflichten. Bei Berufsausübungsregelungen genügen „vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls“, bei subjektiven Wahlregelungen „Gefahren für ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut“. Objektive Wahlregelungen seien schließlich nur dann verfassungsmäßig, wenn sie zum Schutz eines überragend wichtigen Rechtsguts unabweisbar seien.

Die Bekanntheit der „Drei-Stufen-Theorie“ ist sicher zum einen auf die große praktische und prüfungsmäßige Bedeutung von Art. 12 Abs. 1 GG zurückzuführen. Dass die Absolventen von juristischen Ausbildungen vor allem die Drei-Stufen-Theorie im Gedächtnis behalten, liegt aber sicher auch an ihrer Griffigkeit und daran, dass anders als im sehr „engen“ Strafrecht im öffentlichen Recht jedenfalls im Bereich der Universitätsausbildung sehr sparsam mit der Vermittlung von Theorien umgegangen wird. Oft ist jedoch das, was jeder zu kennen meint, im Kern doch unbekannt. So ist es auch bei der Drei-Stufen-Theorie. Die Urheberschaft für diese Theorie wird oft pauschal dem Bundesverfassungsgericht zugeschrieben. Aus Gründen der wissenschaftlichen Redlichkeit sollte allerdings hinzugefügt werden, dass wesentliche Gedanken von *Giesbert Ober* in seiner 1952 erschienenen Dissertation „Freiheit des Berufs, Art. 12 des Grundgesetzes“ entwickelt worden sind und vom Bundesverfassungsgericht in der Apothekenentscheidung übernommen wurden.

Die Umsetzung der Drei-Stufen-Theorie im Fallaufbau ist zudem nicht immer einfach. Im Grundsatz ist die Drei-Stufen-

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser im Februar 2000 anlässlich der Examensfeier an der Universität Regensburg gehalten hat. Er wurde zum Zwecke der Veröffentlichung umgearbeitet und ergänzt.

1 Siehe die Literaturübersicht bei *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 4. Aufl. 1999, Art. 12 RdNr. 313. Siehe auch Übersichten bei *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 1996, Art. 12 vor RdNr. 1 und bei *Tettinger*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 12, vor RdNr. 1.

2 Nachzulesen in BVerfGE 7, 377 ff. = BayVBl. 1958, 243 ff. Eine Erläuterung des Urteils aus heutiger Sicht findet sich bei *Schulte zu Sodingen*, in: Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, S. 108 ff.

3 BVerfGE 7, 377/408 = BayVBl. 1958, 243.

Theorie eine frühe Konkretisierung des Übermaßverbotes bzw. des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips. Bei der Prüfung des Übermaßverbotes wird herkömmlicherweise zwischen den Prüfkriterien legitime Zwecksetzung, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Zumutbarkeit) unterschieden⁴. Die Drei-Stufen-Theorie enthält nun Elemente sowohl der Erforderlichkeit (Eingriff nur auf der untersten geeigneten Stufe vornehmen) und der Verhältnismäßigkeit (Unterscheidung der drei Stufen mit unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen). Sie passt deshalb nicht so richtig in das gängige Prüfungsschema. Man kann sie selbstständig neben dem Übermaßverbot prüfen. Denkbar und wohl auch empfehlenswert ist es jedoch, sich auf den Teil der Theorie zu konzentrieren, der die Zumutbarkeit betrifft, und die Drei-Stufen-Theorie dort in die Prüfung zu integrieren. Der Grund für diese Inkompatibilität von Drei-Stufen-Theorie und Übermaßverbot besteht im Übrigen darin, dass zu der Zeit, zu der die Drei-Stufen-Theorie entwickelt wurde, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Übermaßverbot noch nicht wie heute verfestigt war⁵. Die Drei-Stufen-Theorie ist in ihrem Kernbestand seit den 50er Jahren unverändert geblieben und damit entwicklungsmäßig „älter“ als die heutige Dogmatik des Übermaßverbotes. Vielleicht auch deshalb wird der Begriff „Drei-Stufen-Theorie“ vom Bundesverfassungsgericht nicht mehr verwendet, auch wenn die Theorie der Sache nach angewendet wird.

III. Einige Anwendungsprobleme

Trotz ihrer Prägnanz ist der Umgang mit der so genannten Drei-Stufen-Theorie nicht immer einfach⁶. Bei der Einordnung in die drei Stufen hängt viel vom vielfach unscharfen „Berufsbild“ ab. Werden etwa bestimmte Tätigkeiten vom Gesetzgeber untersagt, kann es sich um einen Eingriff auf der ersten oder der dritten Stufe handeln, je nachdem, ob hiermit eine bestimmte Ausübungsmodalität unterbunden wird oder ob die Ausübung eines Berufes untersagt wird (dann wäre es eine Wahlregelung)⁷. Dies hat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dazu geführt, dass teilweise wegen der Intensität des Eingriffs auch für eine Berufsausübungsregelung Gründe gefordert werden, die einen Eingriff auf der dritten Stufe rechtfertigen würden⁸.

Aber nicht nur Studenten bei ihren Leistungsanforderungen im Rahmen der Übungen im öffentlichen Recht für Anfänger, sondern auch das Bundesverfassungsgericht tun sich schwer mit der richtigen Einordnung. So hatte sich das Gericht mit der Frage zu befassen, ob die Überwachung von Fristen bei der Einziehung von Patentgebühren Rechtsberatung im Sinne des Rechtsberatungsgesetzes mit der Folge ist, dass sie Anwälten und hierbei insbesondere Patentanwälten vorzubehalten sei. Das Bundesverfassungsgericht hat die Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes verneint⁹. Der Leitsatz lautet: „Entwickelt sich aus einer Tätigkeit mit festgelegtem Berufsbild für einen einfach zu beherrschenden Teilbereich ein eigener Beruf, so erlaubt Art. 12 Abs. 1 GG Beschränkungen der Wahl dieses Berufes nur zur Abwehr schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“. Das Ergebnis der Entscheidung war zweifellos richtig. Die besondere Sachkompetenz eines Anwaltes oder Patentanwaltes ist nicht erforderlich bei der periodischen Einziehung von Patentgebühren. Störend wirkt allerdings die Berufung auf „schwere Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“. Das klingt zumindest nach bisherigem Verständnis nach dritter Stufe, also nach objektiver Wahlregelung. Eine solche lag jedoch nicht vor¹⁰. Das Erfordernis einer besonderen Zulassung nach dem Rechtsberatungsgesetz ist nämlich ein subjektives Erfordernis, in der Logik der Drei-Stufen-Theorie also ein Eingriff auf der zweiten Stufe. Nachweisbare oder höchstwahrscheinliche Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut sind

eigentlich nicht erforderlich, es reicht der Schutz „besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter“, genauso wie man am Erfordernis eines großen Befähigungsnachweises „Meisterprüfung“ im Handwerk nicht zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit der Kunden, sondern allein deshalb festhält, um dem mittelständischen Handwerk Konkurrenzschutz zu geben (Mittelstandsschutz als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut)¹¹. In Prüfungszusammenhängen wäre somit ein Student durchaus Gefahr gelaufen, erhebliche Punktabzüge zu kassieren, hätte er den Fall so gelöst wie das Bundesverfassungsgericht¹². Ob in der Entscheidung zu den Patentgebühren eine Abkehr von bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen zu sehen ist, muss abgewartet werden. Insgesamt macht diese Entscheidung jedoch schon eines deutlich: Das Bundesverfassungsgericht tendiert in jüngerer Zeit dazu, die Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit und insbesondere in die Berufsausübungsfreiheit zu verschärfen.

IV. Kritik, wem Kritik gebührt

Der Literaturkritiker *Marcel Reich-Ranicki* berichtet in seinen Lebenserinnerungen davon, dass er eine Rezension zu einem Roman von Heinrich Böll mit den Worten begonnen habe: „Nichts kann meine Zuneigung zu Heinrich Böll erschüttern, auch nicht der Roman ‚Fürsorgliche Belagerung‘“. Ähnliches ließe sich auch für das Bundesverfassungsgericht sagen. Nichts kann die grundsätzliche Hochachtung nicht nur des Verfassers vor der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ins Wanken bringen, auch nicht die Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 GG. Die Berufsfreiheit ist eines der wenigen Grundrechte, bei denen möglicherweise doch mehr Kritik angebracht ist als bei der Rechtsprechung zu anderen Grundrechten. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Apothekenentscheidung zunächst die Weichen im Bereich der Berufsfreiheit in eine grundrechtsfreundliche Richtung gelenkt. Die bayerischen Regelungen über eine Bedarfsplanung bei Apotheken wurden für verfassungswidrig erklärt. Damit war eine grundsätzliche Entscheidung gegen staatliche Gängelung und Konkurrenzschutz und für marktwirt-

4 Vgl. statt vieler *Manssen*, Grundrechte, 2000, RdNr. 147 ff.

5 Das Übermaßverbot wurde vor allem in folgenden Entscheidungen entwickelt: BVerfGE 16, 194 ff. (Liquorentnahme); 17, 108 ff. (Hirnkammerluftfüllung) und 27, 211 ff. (ebenfalls zu Maßnahmen nach § 81 a StPO).

6 Siehe auch *Manssen* (o. Fußn. 1), Art. 12 RdNr. 135. Nach *Wieland* (o. Fußn. 1), Art. 12 RdNr. 104 verdeutlicht und konkretisiert die Stufenlehre die Verhältnismäßigkeitsanforderungen. Zur Kritik an der Stufentheorie im Einzelnen *Tettinger* (o. Fußn. 1), Art. 12 RdNr. 123–130 m.w.N. Positiv dagegen *Breuer*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band VI, § 148 RdNr. 8.

7 Siehe als Beispiel BVerfGE 77, 84 ff. = BayVBl. 1988, 528 (Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe). Vgl. dazu auch *Manssen*, Staatsrecht I, Grundrechtsdogmatik, 1995, RdNr. 572.

8 BVerfGE 77, 84/106 f., 112 f. = BayVBl. 1988, 528.

9 BVerfGE 97, 12 ff.

10 Vgl. auch die Ausführungen des Gerichts auf S. 26: Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl seien nur zum Schutz eines „besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes“ statthaft. Dies wäre nach herkömmlicher Sichtweise die Voraussetzung für einen Eingriff auf der zweiten Stufe.

11 Siehe BVerfGE 13, 97/107 ff. = BayVBl. 1961, 341; vgl. auch *Scholz/Manssen*, Gewerberecht und Bundesimmissionsschutzgesetz, 5. Aufl. 1993, S. 46. Der Aspekt des Mittelstandsschutzes wird mittlerweile auch zur Rechtfertigung einiger weiterer Regelungen herangezogen, etwa des Verbotes, ärztliche Praxen in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts zu führen; siehe *BayVerfGH*, BayVBl. 2000, 558/560.

12 Ähnliche Formulierungen finden sich auch in anderen Entscheidungen, siehe etwa *BVerfG*, NJW 2000, 1033/1035: „Überragende Gemeinwohlinteressen“, ebenfalls hinsichtlich einer subjektiven Wahlregelung.

schaftliche Strukturen nicht nur im Apothekenwesen getroffen worden. Die Liste richtiger oder gar richtungweisender Entscheidungen des Gerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG lässt sich ohne Schwierigkeiten fortsetzen. So hat etwa die Numerus-clausus-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹³ vielen Studierenden einen Studienplatz verschafft, indem die Universitäten zur Kapazitätsserschöpfung verpflichtet wurden¹⁴. Positiv hervorzuheben ist auch die Rechtsprechung zum Prüfungsrecht¹⁵. Während man nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jahrzehntelang auch mit vertretbaren Antworten durch eine Prüfung fallen konnte, solange nur der jeweilige Prüfer willkürfrei der Meinung war, die Antwort sei falsch¹⁶, hat hingegen das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit eines Antwortspielraums des Prüflings herausgestellt¹⁷. Auch die Herausarbeitung der Notwendigkeiten eines effektiven Rechtsschutzes bereits im Prüfungsverfahren sind dem Bundesverfassungsgericht zu verdanken¹⁸.

In anderen Bereichen hat das Bundesverfassungsgericht jedoch bisher in seiner Rechtsprechung wenig zustande gebracht, um den Grundrechtsschutz im Bereich der Berufsfreiheit in angemessenem Umfang zu gewährleisten. Dies ist möglicherweise überspitzt, aber in der Sache korrekt von *Hufen* in seiner Mainzer Antrittsvorlesung betitelt worden: „Art. 12 GG – Erinnerungen an ein Grundrecht“¹⁹. Die Haupttrichtung der Kritik betrifft Berufsausübungsregelungen. An dieser Stelle müssen einige Stichworte für Regelungen genügen, durch die wirtschaftliche Betätigungen von Grundrechtsträgern mit teilweise überkommenen, teilweise nachgeschobenen und oft wenig überzeugenden Begründungen beschränkt wurden: So hielt das Bundesverfassungsgericht ein Nachtbackverbot in Bäckereien für verfassungsmäßig²⁰, Ladenschlusszeiten, die ursprünglich dem Schutz der Beschäftigten vor übermäßiger Ausnutzung der Arbeitszeit dienten, wurden wegen anderen, aber eigentlich nicht recht definierbaren öffentlichen Interessen aufrechterhalten²¹. An staatlichen Verwaltungsmonopolen, etwa im Bereich der Arbeitsvermittlung oder des Post- und Fernmeldewesens wurde unter Ignorierung ökonomischer Erkenntnisse zäh festgehalten. Besonders gebeutelt wurden aber vor allem die freien Berufe. Werbebeschränkungen, Wohnsitzpflichten, Sozietätsverbote, Gebührenregelungen, fast alles war, so scheint es, verfassungsmäßig, solange es nur Angehörige „freier Berufe“ betraf. Nach wie vor ein einziger rechtsstaatlicher Skandal ist das Apothekenbetriebsrecht²². Das Berufsbild des „Apothekers in der Apotheke“, welches das deutsche Apothekenrecht immer noch bestimmt (vgl. § 8 ApG), hat heute mit der Realität nicht mehr viel gemein. Der deutsche Apotheker mischt die Medizin nicht mehr selber, sondern ist im Wesentlichen ein akademisch ausgebildeter Verkäufer mit gelegentlichen Beratungsaufgaben. Gleichwohl darf man in Deutschland nur eine Apotheke betreiben, nicht mehrere. Das gilt auch, wenn man einen approbierten Apotheker einstellt, der ständig präsent ist. Wegen Art. 43 EGV (Niederlassungsfreiheit) beschränkt sich die Beschränkung auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Deshalb darf man Apotheken in München, Wien, Rom und Paris gleichzeitig betreiben, nicht aber in Regensburg und Donaustauf.

V. Auf dem Weg zur Besserung?

Warum die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit insbesondere zur Berufsausübungsfreiheit jahrzehntelang wenig Schwung entwickelt hat, ist nicht leicht zu erklären. Es hängt möglicherweise damit zusammen, dass ein eindeutiges Bekenntnis des Grundgesetzes zu einem marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystem aus der Verfassung nicht ableitbar ist²³. Das Grundgesetz hätte jedenfalls theoretisch die Entwicklung einer sozialistischen statt einer sozialen Markt-

wirtschaft erlaubt (siehe Art. 15 GG). Möglicherweise liegt der Verfassungsrechtsprechung auch das unausgesprochene Verständnis des Gerichts dahingehend zugrunde, es sei zuständig für den Schutz der „Schutzbedürftigen“, der Minderheit, der Schwächeren. Vielleicht sieht es das Gericht deshalb primär als seine Aufgabe an, sich um diejenigen zu kümmern, die in falschem Englisch Tucholsky zitieren²⁴, nicht hingegen das Hauptaugenmerk auf diejenigen zu richten, denen es nur darum geht, dem „schnöden Mammon“ nachzujagen. Ähnliches ist auch schon für das Steuerrecht vermutet worden, da es dort „nur um Geld“ gehe.

Vieles hat sich allerdings in den letzten Jahren geändert. Maßgebliche Anstöße zur Liberalisierung moderner Dienstleistungsmärkte gingen allerdings nicht vom Bundesverfassungsgericht, sondern vom Europäischen Recht aus, wie im Bereich der Telekommunikation. Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat die Berufsfreiheit bei der Berufsausübung unter Berufung auf europarechtliche Grundfreiheiten dort hergestellt, wo man hierzu national nicht in der Lage war, wie im Bereich von Lebensmitteln, die nach deutschem Recht nicht genug Eiweiß hatten²⁵, oder dem Schnaps, der nicht über genug Alkohol verfügte²⁶, oder beim Bier, das dem Bayerischen Reinheitsgebot genügen musste²⁷, samt und sonders nichts anderes als protektionistische und damit grundrechtswidrige Beschränkungen der Berufsfreiheit.

Aber auch im Bereich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt es Ansätze zur Verstärkung des Grundrechtsschutzes. Besonders zu merken ist dies im Bereich der Werberegelungen für Angehörige freier Berufe (Ärzte, Apotheker, Anwälte, Notare, Architekten etc.). Lange Zeit galt es als zulässig, Angehörigen freier Berufe Werbung schon deshalb zu untersagen, weil es sich um Angehörige freier Berufe handelte. Das Berufsbild sei zu schützen, das Verbot berufswidriger Werbung gehöre seit jeher zu den Pflichten der Angehörigen freier Berufe. Wirtschaftliches Gewinnstreben solle die Tätigkeit eines Freiberuflers nicht bestimmen, freie Berufe sollten nicht zu einer rein geschäftsmäßigen Einstellung zu ihrer Tätigkeit gelangen²⁸. Zunächst begann das Gericht, die gängige Praxis der Konkretisierung (anwaltlicher) Berufspflichten durch Standesordnungen zu beanstanden²⁹. Mittlerweile ergeben sich im Berufsrecht der freien Berufe die Berufspflichten aus rechtsstaatlich insoweit unbedenklichen Satzungen³⁰. Auch bei den eigentlichen Werbever-

13 BVerfGE 33, 303 ff. = BayVBl. 1972, 469.

14 Vgl. auch die Einschätzung von Menzel, in: Menzel (o. Fußn. 2), S. 205.

15 Zur Entwicklung seit 1996 siehe Brehm/Zimmerling, NJW 2000, 875 ff.

16 BVerwGE 16, 154 f.; 70, 143/149 = BayVBl. 1985, 501/503; 78, 280/282.

17 Vgl. BVerfGE 84, 34 ff. = BayVBl. 1991, 590 ff.; 84, 59 ff. = BayVBl. 1991, 654 ff.

18 Zu den Einzelheiten siehe Manssen (o. Fußn. 1), Art. 12 RdNr. 223 ff.

19 NJW 1994, 2913 ff.

20 BVerfGE 23, 50/56 ff. = BayVBl. 1968, 168; 41, 360/370 ff.; 87, 363/382 ff.

21 BVerfGE 13, 237/240 ff.

22 Siehe im Einzelnen Manssen (o. Fußn. 1), Art. 12 RdNr. 181. Vgl. auch Taupitz/Schelling, NJW 1999, 1751 ff. Wenig überzeugend hingegen Zuck/Lenz, NJW 1999, 3393 f., ebenso wenig BVerwGE 106, 141 ff. zur Unzulässigkeit der Abgabe von Arzneimitteln über einen Autoschalter.

23 Zur wirtschaftlichen Neutralität des Grundgesetzes siehe BVerfGE 50, 290/336 ff. = BayVBl. 1979, 239.

24 Siehe BVerfGE 93, 266 ff.; ausführlich zu „A soldier is a murderer“ Spranger, in: Menzel (o. Fußn. 2), S. 595 ff.

25 EuGH, Slg. 1999 I, 752 ff.

26 EuGH, Slg. 1979, 649 ff. (Cassis de Dijon).

27 EuGH, Slg. 1996 I, 1029 ff. (Brasserie du Pêcheur).

28 Zu solchen und ähnlichen Begründungen siehe Manssen (o. Fußn. 1), Art. 12 RdNr. 156 ff. In einer solchen Weise argumentiert in neuerer Zeit etwa Ahrens, NJW 2000, 3188 f.

29 BVerfGE 76, 171/184 ff.; 76, 196/205 ff.

30 BVerfGE 94, 372/390 = BayVBl. 1997, 46; BVerfG, NJW 2000, 347.

boten ist einiges passiert. Jedenfalls wurden die Auswüchse der Beschränkung der Werbetätigkeit etwa von Apothekern vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt³¹. Damit ist nun allerdings eine Entwicklung eingeleitet worden, die sich kaum mehr aufhalten lassen wird³². Auch bei Freiberuflern müssen entsprechende öffentliche Interessen vorliegen, um Werbebeschränkungen zu rechtfertigen. Dabei muss man anerkennen, dass auch ein Freiberufler seinen Beruf ausübt, um damit Geld zu verdienen. Irgendwelche hergebrachten Argumente taugen deshalb zur Begründung von Werbebeschränkungen nicht. Es muss konkret dargelegt werden, warum welche Art von Werbung mit welchen öffentlichen Interessen kollidiert. Sicherlich sollen Ärzte ihre Heilerfolge nicht mit dem Ergebnis anpreisen, dass Patienten verunsichert werden³³. Beschränkungen in der Anwaltswerbung sind berechtigt, damit niemand dazu verleitet wird, staatliche Justizbehörden in Anspruch zu nehmen³⁴. Womit sich aber die Werbeverbote für Architekten oder beratende Ingenieure legitimieren lassen, ist sehr zweifelhaft. Erst recht muss bei Apothekern der Tatsache Rechnung getragen werden, dass bei Produkten ohne Apothekenzwang eine Wettbewerbsfreiheit mit anderen Anbietern besteht. Damit ist es fraglich, die Werbemöglichkeiten der Apotheker in diesem Bereich anders zu sehen als die in der sonstigen gewerblichen Wirtschaft.

Zwei aktuelle Beispiele aus dem bayerischen Raum mögen die derzeitige Problematik im Werberecht der freien Berufe zum Abschluss verdeutlichen. Ein Zahnarzt in Niederbayern hatte anlässlich seiner Praxiseröffnung ein ganzseitiges Inserat in einer Zeitung geschaltet, zusammen mit bauausführenden Firmen wurde zu einem Tag der offenen Tür eingeladen. Das OLG München verurteilte den Zahnarzt zu einer Geldstrafe von 3000 DM, und zwar nicht wegen des Tages der offenen Tür, sondern wegen der Zeitungsanzeige³⁵. Welcher öffentliche Zweck soll aber eine solche Anwendung des Werbeverbotes rechtfertigen? Müssen die Patienten größere Schmerzen leiden, wenn sie in einer Zeitungs-

anzeige auf die Praxis hingewiesen werden? Wird gar die Zahngesundheit der Bevölkerung gefährdet? Solche Entscheidungen sind immer wieder anzutreffen, sie sind jedoch auf Dauer verfassungsrechtlich nicht haltbar.

In ganz ähnlicher Weise musste sich eine Anwaltskanzlei in Niederbayern mit der Justiz auseinandersetzen. Die Kanzlei warb in Werbebroschüren, in denen die Anwälte und daneben junge Damen – (angeblich) Kanzleimitarbeiterinnen – abgebildet waren und die an 30.000 Gewerbetreibende, die nicht Mandanten waren, versandt wurden. Von futterneidischen Kollegen wurden aus wettbewerbsrechtlichen Gründen einstweilige Verfügungen gegen die Kanzlei beantragt³⁶. Auch hier steht allerdings das Verfassungsrecht etwaigen Werbebeschränkungen entgegen. Es ist in keiner Weise erkennbar, inwieweit durch eine solche Werbebroschüre die Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege in Frage gestellt werden würde. Solche Entscheidungen werden deshalb irgendwann dem Bereich der Rechtsgeschichte zuzuordnen sein. Wie lange dies noch dauern wird, ist allerdings maßgeblich vom Entscheidungsmut sowohl der ordentlichen Gerichte als auch des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe abhängig.

31 BVerfGE 94, 372 ff. = BayVBl. 1997, 146; siehe auch BGH, NJW 1999, 3406 ff.

32 Vgl. neuerdings BVerfG, NJW 2000, 3195 f.: Regelmäßiges Verbot der Anwaltswerbung durch Sponsoring ist verfassungswidrig.

33 Siehe BVerfG, NJW 2000, 2734/2734 f. zur Werbung für eine Zahnklinik.

34 Die Vorstellung des BVerfG, mit Werbeverböten solle das Vertrauen der Rechtsuchenden gestärkt werden, der Anwalt werde nicht aus Gewinnstreben zu Prozessen raten oder die Sachbehandlung an Gebühreninteressen ausrichten (BVerfG, NJW 2000, 3195), ist mehr Wunsch als Wirklichkeit.

35 Meldung der Mittelbayerischen Zeitung vom 14. 1. 2000.

36 Siehe Meldung der Mittelbayerischen Zeitung vom 22. 12. 1999. Vgl. allerdings OLG München, NJW 2000, 2824 ff., wonach die Werbung zulässig war.